

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA

C. FAZI / H3G XXX

(LAZIO/D/689/2016)

Registro Corecom n. 43/2017

IL DIRIGENTE

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTO l’Accordo quadro tra l’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, sottoscritto in data 4 dicembre 2008;

VISTA la Convenzione per l’esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, sottoscritta tra l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Comitato regionale per le comunicazioni del 16.12.2009 e in particolare l’art. 4, c. 1, lett. e);

VISTA la delibera n. 173/07/CONS, del 19 aprile 2007, recante “Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti”, di seguito “Regolamento”;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, del 16 febbraio 2011, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori”;

VISTA l’istanza dell’utente C. Fazi presentata in data 22/09/2016 nei confronti dell’operatore H3G XXX;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. La posizione dell’istante

L’istante introduceva il presente contenzioso lamentando un aggravio di costo del 50% sulla promozione “All In Small”, divenuta “All In Small 2014”, alla quale aveva aderito in data 21/02/2013, richiedendo la portabilità da altro operatore, allettato da tale promozione che prometteva una tariffa bloccata “per sempre”. Numerosi erano stati i reclami a partire dal 23/09/2014, per richiedere il ripristino della promozione precedente, poi dal 15/05/2015 al 20/04/2016, ai quali riceveva risposta solo in data 06/05/2016.

Sulla base di tali premesse l’utente richiedeva:

- Rimborso della differenza di € 0.50 per ogni settimana trascorsa dal 23/09/2014;
- Ripristino della All In Small o in alternativa All In Small 2014 con rimborso annuale della

differenza di € 26.00;

- Penale per pubblicità ingannevole in conseguenza dell'illegittima ed immotivata modifica in aumento di un'opzione pubblicizzata come "per sempre".

2. La posizione dell'operatore H3G.

Con memoria difensiva depositata in data 26/10/2016, l'operatore eccepiva preliminarmente l'inammissibilità della richiesta relativa alla "penale per pubblicità ingannevole", poiché esula dai poteri concessi all'Autorità in materia di risoluzione delle controversie, oltre al fatto che tale richiesta non fosse presente in fase di conciliazione.

Contestava, inoltre, la richiesta di "ripristino del piano tariffario All In Small", poiché in tal modo si chiederebbe la condanna di H3G ad un *facere*, ipotesi esclusa dall'art.19, comma 4 del Regolamento.

Nel merito precisava che, viste le nuove esigenze di utilizzo e di mercato, dal 04/08/2014 al 07/08/2014, avviava una campagna informativa tramite sms per avvisare i clienti con attiva l'opzione tariffaria All In Small, per avvisarli che dal 15/09/2014 sarebbe stata effettuata la rimodulazione della loro opzione verso l'opzione All In Small 2014, che prevedeva un plafond di GB più ampio per navigare in internet.

Precisava, inoltre, di aver adempiuto correttamente alle disposizioni normative, avvisando l'utente con un mese di anticipo, tramite sms, che rimandava ad una orphan page, con tutte le informazioni relative all'opzione e le modalità di recesso.

Tale modifica, prevista nelle CGC, è riconosciuta direttamente dall'art. 70 comma 4 del Codice delle Comunicazioni Elettroniche.

L'utente avrebbe, dunque, potuto o recedere, o comunque disattivare tale opzione in qualsiasi momento, senza alcun costo, mantenendo il proprio profilo tariffario "3 Power 10".

Infine sottolineava che, in udienza di conciliazione, si obbligava a corrispondere l'importo di € 120.00, a titolo di indennizzo per la mancata risposta al reclamo, quale corresponsione automatica degli indennizzi previsti contrattualmente.

3. Motivazione della decisione.

Preliminarmente, si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità di cui all'art. 14, comma 3 del Regolamento, ed è pertanto proponibile ed ammissibile.

La domanda dell'utente di ripristino del servizio All In Small è inammissibile perché estranea alla cognizione del Corecom, così come definita dall'art. 19, c. 4 del Regolamento ex Delibera n. 173/07/CONS e s.m. e dalla Del. 276/13/CONS (Linee Guida), non essendo l'Autorità adita competente a pronunciarsi con provvedimenti contenenti obblighi di *facere*, quanto piuttosto limitata al mero accertamento di un avvenuto inadempimento ed eventuale condanna al ristoro del pregiudizio subito.

Non è altresì ammissibile, la richiesta dell'utente di sanzionare la condotta del gestore (quale essa sia) in quanto espressione di un potere attribuito normativamente all'Autorità e rientrante

nell'ambito delle funzioni istituzionali di controllo attribuite alle singole Autorità di regolazione (AGCOM, Antitrust, Energia etc.), titolarmente e funzionalmente distinto dalla competenza sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie oggetto di delega territoriale ai Corecom.

Sulla modifica unilaterale del contratto

L'odierno istante deduceva, di aver subito, senza alcun avviso, il cambiamento delle condizioni tariffarie dell'opzione attiva sul proprio profilo base, denominata All in Small, (in All in Small 2014), comportante un aggravio di costi del 50%. Chiedeva, dunque, il rimborso di 0.50 cent per ogni settimana trascorsa dal 23/09/2014 (data della prima richiesta di ripristino).

Preliminarmente si osserva che da anni vi è consolidata giurisprudenza che avalla pienamente la facoltà dei professionisti (non solo di TLC) al legittimo esercizio del c.d. *jus variandi*, benché presidiato dal puntuale rispetto di obblighi informativi e modalità dell'esercizio del diritto di recesso, a tutela del contraente debole.

Perciò la condotta del gestore va esaminata, alla luce di del richiamato articolato disposto dagli artt. 70 e 71 del Codice delle Comunicazioni elettroniche e, in particolare il comma 4 dell'art.70 che così recita: *“Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni.”*

Peraltro, sull'ascrivibilità all'art.70 di altre, note manovre di modifica contrattuale, questo Corecom, sulla scorta di posizioni già espresse dalle Autorità di regolazione competenti (Agcom e Agcm) ha avuto già modo di pronunciarsi.

Orbene tale rimodulazione, operata da H3G il 15.9.2014, è ascrivibile alla fattispecie delle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali consentite dall'art.70, comma 4 CCE e, come tale legittima, previo rispetto nella comunicazione all'utenza, dei requisiti normativi previsti sotto il profilo sia temporale che contenutistico.

Dalle evidenze fattuali riportate nell'istruttoria condotta dall'Autorità proprio in occasione delle censure mosse alla manovra in parola, è emerso infatti che il gestore ha intrapreso una campagna di informazione massiva alla clientela, tramite SMS dal 4 al 7 agosto 2014, che la informava che dal 17/09 in poi, cambiavano le condizioni di alcuni costi e modalità di fruizione (raddoppio della soglia di traffico dati al costo di € 0.50 in più a settimana), ai sensi dell' art.70, comma 4, Codice Comunicazioni Elettroniche e degli artt. 4 e 5 Allegato A alla Delibera 179/03/CSP.

Tali caratteristiche della variazione contrattuale sono state pertanto ritenute aderenti ed ascrivibili alla tipologia delle modifiche contrattuali apportate in attuazione dello jus variandi.

Calando doverosamente le illustrate enunciazioni di principio, sul caso concreto sottoposto dall'utente al procedimento di definizione, e raffrontando pertanto la condotta tenuta dal gestore alle previsioni del comma 4 dell'art.70, così come sono state valutate dall'Agcom nell'ambito del citato procedimento sanzionatorio, emerge quanto segue.

Il gestore ha documentato prova dell'informativa resa all'utente, attraverso sms informativo del 04/08/2014, il quale però, non risulta effettivamente letto dall'utente risultando, dallo stesso print,

in stato: “scaduto”. Il testo del messaggio informava che dal 15.9.2014 sarebbe iniziata la rimodulazione dell’opzione “ALL-IN-SMALL 1GB” e conteneva un link di rinvio alla orphan page contenente i dettagli.

Nel caso di specie non pare utile svolgere valutazioni sul comportamento omissivo dell’utente che non ha visualizzato l’avviso pur ricevuto, in quanto sussistono lacune nella condotta del gestore, assorbenti sotto il profilo della responsabilità della mancata/parziale informativa sulla rimodulazione. La stessa infatti, nelle stesse valutazioni generali svolte dall’Autorità, non è parsa conforme ai criteri di esaustività dell’informativa prevista all’art.70 comma 4 del CCE, mentre risulta rispettato il profilo temporale dell’avviso.

Stante pertanto l’inadeguatezza dell’avviso/i all’utente circa la modifica contrattuale unilaterale “All In Small”, può ritenersi che l’utente non sia stato messo nelle condizioni di recedere/disattivare consapevolmente l’opzione ed evitare così ipotetici addebiti indesiderati, che in quanto tali, andrebbero rimborsati.

L’utente non ha depositato alcuna prova dell’effettivo esborso, settimanale, in occasione del rinnovo dell’opzione, quantificando solo la somma eccedente di Euro 0,50 a settimana dal 23.9.2016. D’altro canto il gestore non ha eccepito l’avvenuto pagamento della tariffa maggiorata nel periodo dedotto.

Pertanto, in ottica di estremo favore per l’utente, parte debole del rapporto contrattuale, e in funzione della mancata contestazione dell’*an* e del *quantum* ad opera della controparte, si ritiene possa essere accordato un rimborso della somma eccedente la tariffa pagata per l’opzione ALL-IN- Small 1GB, per il periodo che va dal 23.9.2014 al 22.9.2016, per la somma complessiva di Euro 52,00.

6. Sulla mancata risposta al reclamo.

L’utente si è lamentato per non aver mai ricevuto risposta ai numerosi reclami inoltrati al gestore a partire dal 23/09/2014 per richiedere il ripristino della precedente promozione.

Rileva il disposto dell’articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), secondo cui la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto.

Ed invero, l’Operatore deve fornire adeguata risposta al reclamo dell’utente al fine di dare un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell’operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato.

Agli atti del presente procedimento, allegati all’istanza depositata dall’utente, risultano numerosi reclami, riguardanti il medesimo oggetto, inoltrati al gestore tramite il portale online. Il primo risulta risalire al 24/09/2014. La prima risposta esaustiva e che rispecchia i canoni di cui sopra, risale al 15/11/2014.

Risulta in atti che, in occasione dell'udienza per il tentativo di conciliazione del 21 settembre 2016, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 Delibera 73/11/CONS, H3G si è impegnata a corrispondere, conformemente alla propria Carta Servizi, l'importo di Euro 120,00 per la mancata risposta al reclamo, a mezzo bonifico bancario, bonifico eseguito sulle coordinate bancarie fornite dal cliente.

L'adempimento è poi confermato dal gestore con la memoria difensiva del 26.10.2016 e lo stesso non è stato affatto contestato nella replica dell'utente.

Per le ragioni esposte, ai sensi dell'art.2 Allegato A alla Delibera n.73/11/CONS, visto l'impegno assunto dall'operatore nel verbale di conciliazione al riconoscimento dell'indennizzo, la richiesta dell'utente di pagamento in questa sede di un indennizzo regolamentare per la mancata risposta ai reclami non può trovare accoglimento, in quanto già soddisfatta secondo il regolamento contrattuale e, in particolare, dell'art. 24 della Carta Servizi H3G, in maniera largamente più vantaggiosa rispetto all'esito di un'applicazione del parametro regolamentare.

7. Sulle spese di procedura.

La possibilità di riconoscere il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, è previsto dall'art. 19, comma 6, del Regolamento, che sancisce inoltre che nel determinare rimborsi ed indennizzi si tenga conto "del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione".

Nel caso di specie, considerata la pressoché totale soccombenza ed il modico valore della controversia, nonché le modalità di redazione degli atti ai sensi dell'art.16, 2bis del Regolamento e delle Linee Guida ex Delibera 273/13/CONS, si ritiene equa la compensazione totale delle spese tra le parti.

Per tutto quanto sopra esposto,

IL DIRIGENTE

VISTO l'art.19 comma 7 della delibera Agcom 173/07/CONS che attribuisce al dirigente della struttura amministrativa del Corecom la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente l'importo di Euro 500,00;

DETERMINA

1. Accoglie l'istanza del sig. C. Fazi nei confronti della società H3G XXX.
2. La società H3G XXX è tenuta a pagare in favore dell'istante l'importo di Euro 52,00. oltre interessi dal pagamento, quale rimborso della tariffa eccedente l'opzione All-in 1GB , addebitata dal 23.9.2014 al 22.9.2016.
3. La società H3G XXX è, altresì, tenuta a comunicare a questo Corecom l'avvenuto

adempimento alla presente delibera entro il termine di 60 giorni dalla notifica della medesima.

4. Il presente provvedimento costituisce un ordine ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.

5. È fatta salva la possibilità per l'utente di richiedere in sede giurisdizionale il risarcimento dell'eventuale ulteriore danno subito.

6. Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è notificata alle parti e pubblicata sui siti web del Corecom e dell'Autorità (www.agcom.it).

Roma, 14/04/2017

Il Dirigente
Aurelio Lo Fazio
Fto